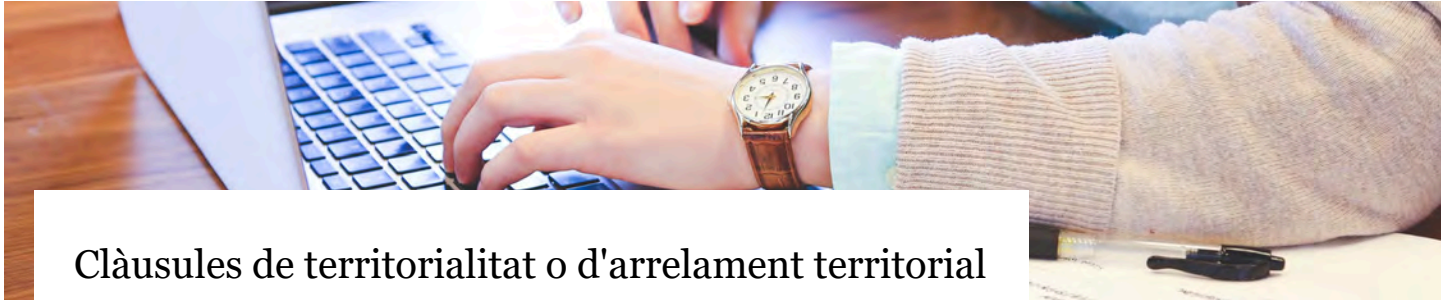


EAPC - Aprofundim en matèria de contractació del sector públic



Clàusules de territorialitat o d'arrelament territorial

17-05-2019

El requeriment en les contractacions públiques d'un cert arrelament territorial als possibles licitadors ha estat objecte de nombrosos pronunciaments per part dels tribunals i dels òrgans administratius de resolució de recursos especials en matèria de contractació pública. Respecte d'aquestes clàusules de territorialitat, la doctrina esmentada parteix dels principis de no discriminació recollits en els articles 18, 26, 56 i 57 del Tractat de Funcionament de la Unió Europea i dels principis de lliure concurrència i no discriminació recollits en la normativa bàsica en matèria de contractació pública i en la Llei 20/2013, de 9 de desembre, de garantia de la unitat de mercat -LGUM- (Resolució 192/2018, de 17 d'octubre, del Tribunal Català de Contractes del Sector Públic (TCCSP)).

Concretament, de la normativa bàsica en matèria de contractació es desprèn la prohibició de qualsevol **forma de discriminació** (articles 1 i 132 de la Llei de contractes del sector públic) que, mitjançant **criteris distintius**, distorsioni la llibertat de concurrència o els principis de llibertat d'accés a les licitacions, de publicitat, de transparència, de no discriminació i d'igualtat de tracte entre els licitadors. Així mateix, l'article 9 de la LGUM imposa a les autoritats competents el deure de garantir l'observança del principi de no discriminació, entre d'altres, i de vetllar per la garantia de les llibertats d'establiment i de circulació dels operadors econòmics. Aquesta és una premissa aplicable, en particular, a "c) La documentació relativa als contractes públics, incloent-hi els plecs i les clàusules dels contractes públics".

Respecte de les clàusules de territorialitat, tradicionalment la doctrina administrativa s'ha manifestat de manera generalitzada en els termes següents:

- Majoritàriament aquestes clàusules s'admeten com a **condició d'execució** dels contractes, amb una interpretació restrictiva, i sempre que estiguin vinculades a l'objecte del contracte, no siguin directament o indirectament discriminatòries, siguin compatibles amb el dret comunitari i s'indiquin en l'anunci de licitació i en els plecs (entre d'altres, resolucions 88/2018 i 52/2018) del TCCSP.
- Per contra, no han estat reconegudes ni com a **criteri de solvència** o admissió a la licitació ni com a **criteri d'adjudicació** dels contractes, perquè s'entén que impliquen un tracte discriminatori entre els licitadors o atorguen avantatges injustificats en la valoració de les ofertes (les resolucions 88/2018 i

52/2018, entre moltes altres, del TCCSP; la Resolució 101/2013 del Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals (TACRC), i la Resolució 73/2017 de l'Òrgan Administratiu de Recursos Contractuals d'Euskadi).

No obstant això, els darrers pronunciaments matisen que, més que analitzar la fase de la licitació en la qual s'exigeix l'arrelament territorial, el que cal és examinar la **justificació de l'exigència** de la consideració d'arrelament territorial i la **necessitat que aquest satisfà** respecte a les prestacions pròpies de cada contracte. No es pot donar una resposta general a l'admissió o no d'una clàusula de territorialitat, sinó que cal atènyer-se a:

- La naturalesa del contracte concret.
- La necessitat que la clàusula de territorialitat satisfà.
- Que la clàusula no resulti discriminatòria, ni innecessària per aconseguir les necessitats que es pretenen mitjançant el contracte, ni desproporcionada als fins que la justifiquen ([Resolució 955/2015, de 19 d'octubre, del TACRC](#)).

Els criteris d'arrelament territorial, amb independència de si operen com a **condició de solvència** o com a **criteri d'adjudicació**, comporten una restricció a la concurrència i la llibertat d'accés, per la qual cosa només es poden admetre amb **caràcter excepcional** quan es justifiquin raons imperioses d'interès general, necessàries per garantir la realització de l'objectiu que persegueixen i que no vagin més enllà del necessari per assolir aquest objectiu ([Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea \[TJUE\] de 27 d'octubre de 2005, assumpte C-158/03, entre d'altres](#)). Per tant, cal diferenciar entre els supòsits en els quals l'arrelament territorial és una mera exigència dels plecs, d'aquells en els quals és realment una exigència de l'objecte del contracte i, en aquest darrer supòsit, cal tenir en compte que, a més, la clàusula de territorialitat ha de complir diversos requisits:

- S'ha de **justificar prèviament** en l'expedient, en la memòria justificativa i/o en el plec de clàusules administratives. En el moment de donar publicitat al plec de clàusules mitjançant el perfil del contractant, també s'ha de donar publicitat de la justificació de les clàusules d'arrelament, entre d'altres aspectes.
- **Excepcionalitat**, ja que limiten la concurrència.
- **Relació amb l'objecte** del contracte.
- Raons imperioses d'**interès general**.
- **Adequada i proporcional** per garantir la realització de l'objecte que persegueix el contracte segons la seva naturalesa i la necessitat que satisfà. L'arrelament ha de ser una necessitat derivada de la pròpia naturalesa del contracte.
- Que no vagi més enllà del necessari per aconseguir aquest objectiu.
- Que no comporti exigir a les empreses la propietat dels locals o oficines.

Respecte del primer requeriment, resulta d'especial interès un darrer pronunciament del TCCSP ([Resolució 91/2019, de 3 d'abril](#)), en el qual s'insisteix respecte de la rellevància de dita justificació en els termes següents: "Per tot això, amb caràcter previ, l'expedient de contractació ha de contenir, necessàriament, l'expressió de les motivacions que, amb la **finalitat última d'aconseguir la millor i més eficient solució possible per a la necessitat pública plantejada**, justifiquen la determinació de la solvència tècnica, la fórmula de valoració i la clàusula de territorialitat controvertides, atès que altrament són determinacions que poden afectar els principis d'igualtat, no discriminació, lliure concurrència, competència i transparència. I, efectivament, aquesta motivació resulta necessària, en primer terme, com ho és per a qualsevol acte administratiu, per articular amb seguretat jurídica la discrecionalitat tècnica de què poden disposar els òrgans de

contractació en els seus àmbits d'actuació i evitar així l'arbitrarietat en les seves decisions, però a més, en el cas de les decisions expressades en els plecs [...] també resulta necessària per fer possible la tutela judicial efectiva i evitar la indefensió dels interessats a l'hora de poder reaccionar contra aquelles mitjançant el sistema de recursos establert.” En aquest cas, malgrat que la clàusula de territorialitat establerta es justificava en el plec de tècniques en els termes següents: “Per tal de minimitzar el temps de resposta en cas d'incidències en el servei, així com l'impacte ambiental i la generació de trànsit derivats de les circulacions buides [...]”, així com en el plec de clàusules administratives com a criteri de valoració d'eficiència ambiental en la prestació del servei, el TCCSP no considera suficient aquesta justificació, estima el recurs presentat i ordena retrotraure les actuacions al moment previ d'elaboració de la memòria justificativa del contracte, que és on considera que s'havia de justificar la clàusula de territorialitat.

També resulten interessants altres pronunciaments recents dels òrgans administratius de resolució dels recursos especials en matèria de contractació pública sobre supòsits concrets de clàusules de territorialitat:

a) En **fase de selecció del contractista**, com a requisit de capacitat o solvència, l'origen, el domicili social o qualsevol altre indicatiu de l'arrelament territorial no pot ser considerat com a condició d'aptitud per contractar amb l'Administració pública ([Resolució 621/2018, de 29 de juny, del TACRC](#)), perquè és una determinació contrària a la competència i als principis de no discriminació i d'igualtat de tracte.

b) En **fase d'adjudicació del contracte**, com a criteri d'adjudicació, la Junta Consultiva de Contractació Pública ([Informe 6/2011, de 5 de juliol](#)), ja es va pronunciar en els termes següents: “Segons aquest plantejament, es poden diferenciar dues realitats possibles: a) els supòsits en què l'exigència de tenir oberta una delegació està íntimament vinculada a l'objecte del contracte, pel fet de tractar-se d'una circumstància que, per si mateixa i de forma objectiva, comporta una millor proposició i, presumiblement, una execució més correcta del contracte; b) els altres supòsits en què aquesta circumstància pot contribuir a identificar la millor oferta, però no per si mateixa, sinó pel fet d'estar vinculada a altres índexs o criteris d'adjudicació.” En aquest mateix sentit es va pronunciar el TCCSP en la Resolució ([170/2018, de 3 d'octubre](#)), en la qual no va admetre un criteri d'arrelament en fase d'adjudicació en entendre que no constituïa en si mateix ni es vinculava a cap criteri d'adjudicació, de manera que anava més enllà del que era estrictament necessari per prestar el servei i es fonamentava només en una qüestió territorial. El TCCSP va considerar que en aquell cas no quedava acreditat que la proximitat requerida fos necessària per realitzar el servei a contractar i que la seva aplicació distorsionava l'adjudicació del contracte i conduïa a conseqüències discriminatòries, en atorgar un avantatge injustificat a determinades empreses.

c) En **fase d'execució del contracte**, com a condició d'execució del contracte, els òrgans administratius de resolució dels recursos especials en matèria de contractació entenen que l'exigència de tenir un establiment físic en una determinada ubicació o a una determinada distància, a priori, no pot afirmar-se que sigui discriminatòria (entre d'altres, Resolució 88/2018, de 25 de maig, del TCCSP i resolucions 157/2017 i 204/2015 del Tribunal Administratiu de Contractació Pública de la Comunitat de Madrid), ja que correspon a l'òrgan de contractació la determinació dels requeriments tècnics exigibles en la contractació per garantir la prestació que

es vol contractar, amb marge de discrecionalitat en la definició de les característiques del producte o servei que vol adquirir. No obstant això, aquesta discrecionalitat no és absoluta i té el seu límit en el fet que la definició de les prescripcions i condicions de la licitació permeti l'accés en condicions d'igualtat dels licitadors, sense que pugui tenir per efecte la creació d'obstacles injustificats a l'obertura dels contractes públics a la competència. Ara bé, s'entén que no és contrari a la lliure concurrència l'establiment de prescripcions tècniques que s'ajustin a les necessitats justificades de l'entitat contractant, sempre que estiguin vinculades amb l'objecte del contracte i no siguin desproporcionades respecte de la finalitat que es persegueix (Resolució 765/2018, de 7 de setembre, del TACRC).

Com a compromís d'adscripció de mitjans a incloure en el plec de clàusules administratives, tant la doctrina administrativa com el TJUE les admeten sempre que es respectin el principi de proporcionalitat (relació amb l'objecte i l'import del contracte) i els principis de concurrència, igualtat i no discriminació que regeixen la contractació pública. Així, per exemple, s'ha admès l'obligatorietat de disposar d'una delegació o oficina dins d'un municipi o àrea geogràfica, entesa com a compromís d'adscripció de mitjans a l'execució del contracte, que obra com un plus de solvència i que només obliga el licitador que resulti adjudicatari del contracte ([Resolució 11/2019, d'11 de gener, del TACRC](#)). En aquest mateix sentit es va pronunciar també la Junta Superior de Contractació Administrativa de la Generalitat Valenciana ([Informe 12/2018, de 22 d'octubre](#)), que en relació amb una clàusula de territorialitat exigida com a requeriment de solvència va concloure que: "L'arrelament, l'establiment o la seu en una localitat o àmbit en el qual s'han de prestar els serveis objecte d'un contracte del sector públic, no són exigibles a priori per participar en la licitació de dit contracte. No obstant això, pot constituir una condició d'execució del contracte i exigir-se el corresponent compromís d'adscripció dels mitjans, sempre que d'acord amb el principi de proporcionalitat es consideri necessari o imprescindible per a la bona execució de les prestacions objecte del contracte."

En qualsevol cas, cal insistir en la necessitat que la memòria justificativa del contracte incorpori els motius que justifiquen l'exigència d'un arrelament territorial, la finalitat última de la qual no pot ser una altra que aconseguir la millor i més eficient solució possible per a la necessitat pública plantejada. En relació amb les qüestions a justificar en l'expedient de contractació, podeu consultar l'apunt d'octubre de 2018 ([vegeu l'apunt](#)).



Rosa Maldonado Camats

Responsable jurídica de regulació i assessorament en contractació de la Direcció General de Contractació Pública, Departament d'Economia i Hisenda